

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-001-2020

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 22 de diciembre de 2022; 16h52.

Comisionado Sustanciador: Jaime Lara Izurieta.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2022-027, de 14 de julio de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado (S) resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.”*

- [2] El artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022.”

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 04 de mayo de 2022, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica del Rocío Vaca Cifuentes en calidad de Secretaria Ad-hoc de la CRPI.

- [4] El inciso final del artículo 20 de la Resolución No. SCPM-2013-027 de 30 de abril de 2013, reformada por la Resolución No. SCPM-DS-2019-36 de 23 de julio de 2019, que establece lo siguiente:

“(…)

De manera excepcional, en caso de ausencia temporal o definitiva de uno de los comisionados, podrán emitir las resoluciones los comisionados restantes siempre y cuando sus criterios sean concordantes”

- [5] La Resolución No. SCPM-DS-2022-39 de 19 de diciembre emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado (S) con la cual resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Designar al doctor Pablo Carrasco Torrontegui para que subrogue el puesto de Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, como reemplazo temporal del doctor Edison René Toro Calderón, mientras haga uso de sus vacaciones autorizadas, esto es, del 19 al 30 de diciembre de 2022.”

- [6] La Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12h30.
- [7] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-228 de 11 de agosto de 2021 con el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”) remitió el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-019.
- [8] El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-019 de 11 de agosto de 2021, de seguimiento al cumplimiento de la medida correctiva dispuesta a través de la Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12h30.
- [9] La Resolución expedida por la CRPI el 27 de septiembre de 2021 a las 10h03.
- [10] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-186 de 16 de agosto de 2022, trámite signado con Id 247430.
- [11] La Providencia expedida por la CRPI el 17 de agosto de 2022 a las 11h22.
- [12] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-213 de 31 de agosto de 2022, trámite signado con Id 248826.
- [13] El Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022.
- [14] La Providencia expedida por la CRPI el 05 de septiembre de 2022 a las 10h51.
- [15] La Providencia expedida por la CRPI el 09 de noviembre de 2022 a las 10h27.
- [16] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-298 de 23 de noviembre de 2022, trámite signado con Id 257480.

- [17] La Providencia expedida por la CRPI el 28 de noviembre de 2022 a las 12h39.
- [18] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-322 y anexos de 16 de diciembre de 2022, trámite signado con Id 260651.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1 AUTORIDAD COMPETENTE.-

- [19] La CRPI es el órgano competente para conocer y resolver medidas correctivas, conforme lo establecido en los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), artículos 85 y 86 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y los artículos 73, 74 y 75 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”).

2 IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.-

- [20] El procedimiento es el determinado en el artículo 75 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3 IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.-

- [21] Según se desprende de los expedientes administrativos, los operadores obligados al cumplimiento de las medidas correctivas impuestas a través de Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12h30, son los identificados a continuación:

- i. **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** (en adelante “CUPPHARMA”), titular del Registro Único de Proveedores No. 0993010596001, con domicilio tributario en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, ciudadela Guayacanes, calle S/N número 20 e intersección 81, actualmente en proceso de liquidación y por ende representada legalmente por su liquidador, el señor Juan Xavier Santos Salvador. Sus direcciones para notificación son: chuppharma@gmail.com, mpena@gottifredipozo.com, y fgottifredi@gottifredipozo.com.
- ii. **MERCATTI S.A. MERCATTISA** (en adelante “MERCATTISA”), con Registro Único de Proveedores 0992489839001, con domicilio principal ubicado en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, Avenida Rodrigo de Chávez, Edificio Corporativo 3, piso 107, representada legalmente por su Gerente General, el señor Christian Ulich Peña, con correos electrónicos c.macias@mercattigroup.com, mpena@gottifredipozo.com, y fgottifredi@gottifredipozo.com.

4 DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

[22] Mediante Resolución, expedida el 04 de agosto de 2020 a las 12h30, la CRPI dispuso a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** el cumplimiento integral de la siguiente medida correctiva:

“CUARTO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva:

*En el término de 30 días, los operadores económicos **MERCATTI S.A.**, **MERCATTISA**, y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia, realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto debe contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, y con mínimo tres (3) años de experiencia profesional en derecho de la competencia.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado a las diversas conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*
- *El programa del compliance debe diseñarse y ponerse en práctica en un término de noventa (90) días contado desde notificación de la presente resolución.*
- *El operador económico deberá nombrar un oficial de cumplimiento que monitoree periódicamente el cumplimiento del programa, y cuya designación deberá ser comunicada a la INICAPMAPR en el término de cinco (5) días contado desde la puesta en práctica del programa de compliance.*
- *Los representantes legales de cada uno de los operadores económicos, en el término de treinta (30) días contados desde la puesta en práctica del programa de compliance, deberán realizar una declaración juramentada ante notario público, mediante la cual manifiesten expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*

El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez diseñado y puesto en práctica el programa de compliance, los operadores económicos deberán entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:

- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos deberán remitir a la*



INICAPMAPR una fiel copia del original del manual del programa de compliance;

- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán fiel copia del título de cuarto nivel del abogado que elabora el compliance, así como los medios de verificación de su experiencia.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán un documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán documento con firma del abogado experto declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán la declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados, mediante la cual se manifieste expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*
- *El oficial de cumplimiento, en el plazo de un año de la puesta en marcha del programa de compliance, reportará a la INICAPMAPR cada seis (6) meses el cumplimiento del programa de compliance.*

(...)

SEXTO.- ESTABLECER los siguientes términos y plazos de cumplimiento de la presente resolución:

(...)

ii. MEDIDAS CORRECTIVAS

La medida correctiva determinada en el ordinal cuarto de esta parte resolutive, se cumplirá dentro del plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente Resolución.

(...)”

[23] A través de escrito y anexos presentados el 16 de diciembre de 2020 a las 15h13, signado con Id. 179863, el Gerente General del operador económico **CUPPHARMA**, en relación con el cumplimiento de la medida señaló lo siguiente:

- CUPPHARMA** ha cumplido el programa de *compliance*.
- Agrega la declaración juramentada de su parte y la certificación de los empleados.

- iii. Agrega copia certificada del manual de *compliance* y del título universitario de cuarto nivel del profesional que impartió el curso de *compliance*.
 - iv. Señala como oficial de cumplimiento a María Paz Muños Torres, abogada experta en derecho administrativo.
- [24] Por medio de escrito y anexos presentados el 16 de diciembre de 2020 a las 16h42, signado con Id. 179875, el Apoderado General del operador económico **MERCATTISA**, en relación con el cumplimiento de la medida informó a la CRPI lo siguiente:
- i. Como oficial de cumplimiento a Fabián Teodoro Pozo Neira, abogado experto en derecho de la competencia.
 - ii. Adjunta declaración juramentada suscrita por su parte como Apoderado General de la compañía, y solicita un plazo prudencial para que el señor Christian Ulich Peña, Gerente General de la compañía presente la declaración juramentada ya que se encuentra domiciliado en la República de Panamá.
 - iii. Adjunta certificado de que su representada ya realizó el curso de *compliance*.
 - iv. Adjunta certificado donde GOTTIFREDI & POZO señalan a Fabián Teodoro Pozo Neira, abogado experto en derecho de la competencia¹.
 - v. Adjunta fiel copia del original del manual de *compliance* y título de cuarto nivel del abogado que elaboró el *compliance*.
- [25] Por medio de Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-228 de 11 de agosto de 2021 la INICAPMAPR, remitió el Informe de Seguimiento de Medidas Correctivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-019.
- [26] Mediante Resolución de 27 de septiembre de 2021, expedida a las 10h03, la CRPI resolvió:

“(…)

SEGUNDO.- DECLARAR acorde con la parte motiva de la presente resolución el cumplimiento por parte de los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** de la medida correctiva impuesta a través de la Resolución expedida el 04 de agosto de 2020 a las 12h30.

TERCERO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas, continúe el seguimiento y reporte periódico al cumplimiento de la medida correctiva conforme los tiempos establecidos en la resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, expedida por la CRPI.

¹ Posteriormente, por medio de informe de seguimiento semestral del manual del programa de *compliance*, ingresado el 18 de mayo de 2021 a las 15h19, signado con Id. 193685, se informó que el abogado Fabián Pozo, fue remplazado por el abogado Gabriel Galarza Illingworth, para ocupar el cargo de oficial de cumplimiento.

(...)”

[27] Mediante Providencia expedida el 22 de julio de 2022 a las 09h36, la CRPI dispuso:

“(…)”

CUARTO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que, en el término de quince (15) días informe sobre el seguimiento y monitoreo, respecto del cumplimiento de la medida correctiva impuesta a los operadores económicos **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA** mediante Resolución de fecha 4 de agosto de 2020, en relación con el informe semestral que debió presentar cada oficial de cumplimiento representante de los operadores económicos respecto de la aplicación del programa de compliance.

(...)”

[28] Con Providencia de 17 de agosto de 2022, expedida a las 11h22, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)”

QUINTO.- CONCEDER a la INICAPMAPR conforme la parte motiva de la presente providencia, una prórroga por el término de siete (07) días, contados a partir del fenecimiento del término otorgado en providencia de 22 de julio de 2022, para que remita el informe de seguimiento de la medida correctiva.

(...)”

[29] Con Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-213 de 31 de agosto de 2022, trámite signado con Id. 248826, la INICAPMAPR remitió el Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022.

[30] Mediante Providencia emitida el 05 de septiembre de 2022 a las 10h51 la CRPI dispuso trasladar a los operadores económicos **MERCATTISA, CUPPHARMA y NOVARTIS ECUADOR S.A.** (en adelante “**NOVARTIS**”) el Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022 para que, en el término de diez (10) días se pronuncien sobre lo que consideren necesario.

[31] Con escrito de 09 de septiembre de 2022 a las 12h03, trámite signado con Id. 249790, el operador económico **NOVARTIS** presentó sus alegatos, acorde a lo siguiente:



“Mi representada está de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones establecidas en el Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022.

*(...) solicito que se instaure el debido proceso a fin de que en el momento oportuno su autoridad determine que los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY y CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** incurrieron en la infracción grave prevista en el artículo 78 número 2 letra f) de la LORCPM; y, por tanto, se aplique la sanción prevista en el artículo 79 de dicho cuerpo legal.”*

- [32] Mediante Providencia emitida por la CRPI el 16 de septiembre de 2022 a las 10h29, se dispuso informar a los operadores económicos **MERCATTISA, CUPPHARMA y NOVARTIS**, que se considerará, en el momento procesal oportuno, el contenido del escrito presentado por **NOVARTIS** el 09 de septiembre de 2022.
- [33] Por medio de escrito de 20 de septiembre de 2022 a las 16h02, trámite signado con Id. 250502, el operador económico **MERCATTISA** presentó sus alegaciones y solicitó a la CRPI se le conceda un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del reporte del Programa de *Compliance*. Además señaló direcciones de correo para futuras notificaciones.
- [34] Con escrito ingresado el 20 de septiembre de 2022 a las 16h11, trámite signado con Id. 250503, el operador económico **CUPPHARMA** presentó sus alegaciones al informe de seguimiento, en particular requirió un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del reporte del Programa de *Compliance*. En adición, indicó correos electrónicos para fines de notificación.
- [35] Mediante Providencia emitida el 23 de septiembre de 2022 a las 09h45, la CRPI dispuso informar a los operadores económicos **MERCATTI, CUPPHARMA y NOVARTIS**, que la CRPI tomará en consideración en el momento procesal oportuno el contenido de los escritos presentados por **MERCATTISA y CUPPHARMA**, el 20 de septiembre de 2022 a las 16h02 y 16h11, respectivamente. Además se toma nota de los correos electrónicos señalados para fines de notificación por parte de estas empresas.
- [36] Por medio de escrito presentado el 05 de octubre de 2022 a las 14h46, trámite signado con Id. 254696, el operador económico **NOVARTIS** solicitó a la CRPI que rechace las solicitudes de **MERCATTISA y CUPPHARMA** respecto a la concesión de un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del reporte del Programa de *Compliance*, y que en su lugar, se disponga proceder con el proceso sancionatorio contra los operadores económicos.
- [37] Mediante Providencia de 14 de octubre de 2022 a las 10h23, al CRPI dispuso informar a los operadores económicos involucrados, que se tomará en consideración en el momento

procesal oportuno, el contenido del escrito presentado por el operador económico **NOVARTIS** el 05 de octubre de 2022 a las 14h46, trámite signado con Id. 254696.

- [38] Mediante Providencia expedida el 09 de noviembre de 2022 a las 10h27, la CRPI dispuso lo siguiente:

***“PRIMERO.- SOLICITAR** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que, conforme la parte motiva de la presente providencia, en el término de diez (10) días remita una ampliación al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022, que en virtud de la recomendación realizada indique a su criterio, cuáles serían las sanciones que deberían ser impuestas a los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPPHARMA**, conforme lo establece el artículo 86 del RLORCPM.*

(...)”

- [39] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-298 de 23 de noviembre de 2022, trámite signado con Id 257480, a través del cual la INICAPMAPR señaló y solicitó lo siguiente:

“A fin de dar cumplimiento con lo dispuesto por la CRPI, esta autoridad a través de oficio No SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-118 de 22 de noviembre de 2022, signado con el ID de trámite 258649, procedió a requerir al SERVICIO DE RENTAS INTERNAS (SRI):

“(…), respecto de los operadores económicos: 1) COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., con RUC 0993010596001; y, 2) MERCATTIS.A. MERCATTISA, con RUC 0992489839001, la siguiente información: i. Declaraciones de los impuestos a la renta, originales o sustitutivos, desde 2019 a 2021”.

Toda vez que el SRI aún no entrega la información solicitada ut supra, esta autoridad, requiere a la CRPI conceda una prórroga por el término de diez (10) días, contados a partir de la entrega de la información por parte del SRI, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 09 de noviembre de 2022 a las 10h27.”

- [40] Mediante Providencia expedida el 28 de noviembre de 2022 a las 12h39, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)”

***SEGUNDO.- CONCEDER** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas,*

conforme la parte motiva de la presente providencia, el término de diez (10) días contados a partir de la entrega de la información por parte del SRI, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 09 de noviembre de 2022 expedida a las 10h27, en relación con la ampliación al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022.

(...)”

- [41] A través de Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-322 y anexos de 16 de diciembre de 2022, trámite signado con Id 260651, la INICAPMAPR remite un alcance al informe de seguimiento de las medidas correctivas.
- [42] Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-030 de Alcance al informe de seguimiento de las medidas correctivas dentro del expediente SCPM-CRPI-001-2020.

5 FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [43] Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen el objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, de la siguiente forma:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional

(...)”

- [44] El artículo 73 de la LORCPM establece el objeto por el cual se imponen medidas correctivas, así:

“Art. 73.- Objeto.- Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;*
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,*
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.”*

[45] El artículo 75 de la LORCPM reconoce el procedimiento a seguir para la imposición de las medidas correctivas:

“Art. 75.- Procedimiento.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o pudieren incurrir, en conductas contrarias a la presente Ley, y señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes.

El o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeren asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la presente Ley”

[46] El artículo 76 de la LORCPM estipula las capacidades de la SCPM frente al incumplimiento de medidas.

“Art. 76.- Del incumplimiento.- Si el o los operadores económicos a quienes se ha impuesto las medidas correctivas no las han cumplido o lo han hecho de manera tardía, parcial o defectuosa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá:

- a) Ordenar medidas correctivas adicionales,*
- b) Aplicar las sanciones previstas en la sección siguiente; (...)”*

5.2 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [47] El artículo 86 del RLORCPM, reconoce el seguimiento al que se sujeta el cumplimiento de las medidas correctivas adoptadas por la CRPI:

“Art. 86.- Evaluación de la implementación de medidas correctivas.- El órgano de investigación monitoreará que el o los operadores económicos responsables den cumplimiento con las medidas correctivas impuestas mediante resolución del órgano de sustanciación y resolución.

Si el órgano de investigación llegara a verificar que el o los operadores económicos a quienes se ha impuesto las medidas correctivas no las han cumplido o lo han hecho de manera tardía, parcial o defectuosa, informará de este particular al órgano de sustanciación y resolución. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas adicionales que se deberían ordenar, las sanciones que se deberían imponer y si corresponde la designación de un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento de las medidas correctivas y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.”

5.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

- [48] De manera análoga a lo establecido en el artículo 86 del RLORCPM, el artículo 75 del Instructivo establece lo siguiente:

“Art. 75.- EVALUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS.- La Intendencia realizará el seguimiento de las medidas correctivas y, en caso de presunto incumplimiento de estas, aperturará mediante resolución un expediente de Investigación de conformidad con lo prescrito en el artículo 53 y demás pertinentes de la LORCPM, por presunta infracción de incumplimiento de una resolución de la SCPM; de lo cual, informará a la CRPI, dentro del término de tres (3) días contados a partir de la apertura de dicho expediente. La CRPI tomará nota de esta resolución y una vez terminado el proceso investigativo, la Intendencia remitirá el informe final a la CRPI para su resolución.

El informe motivado recomendará, de ser el caso, la adopción de medidas correctivas adicionales que se deberían implementar, con la consiguiente imposición de las sanciones respectivas.”



6 ORIGEN DE LA MEDIDA CORRECTIVA IMPUESTA Y LA OBLIGATORIEDAD DE SU CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS DIRECTAMENTE INVOLUCRADOS.

[49] Luego de comprobar que los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** incurrieron en la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la LORCPM, la CRPI ordenó, a través de la Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12h30, la obligación a los infractores del cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

“CUARTO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva:

*En el término de 30 días, los operadores económicos **MERCATTI S.A.**, **MERCATTISA** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia, realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto debe contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, y con mínimo tres (3) años de experiencia profesional en derecho de la competencia.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado a las diversas conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*
- *El programa del compliance debe diseñarse y ponerse en práctica en un término de noventa (90) días contado desde notificación de la presente resolución.*
- *El operador económico deberá nombrar un oficial de cumplimiento que monitoree periódicamente el cumplimiento del programa, y cuya designación deberá ser comunicada a la INICAPMAPR en el término de cinco (5) días contado desde la puesta en práctica del programa de compliance.*
- *Los representantes legales de cada uno de los operadores económicos, en el término de treinta (30) días contados desde la puesta en práctica del programa de compliance, deberán realizar una declaración juramentada ante notario público, mediante la cual manifiesten expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.”*

[50] Es oportuno enfatizar, que la CRPI en apego al artículo 73 de la LORCPM adoptó la medida correctiva citada *ut supra* con la finalidad de restablecer el proceso competitivo, corrigiendo la conducta contraria a Ley y previniendo su reincidencia.

[51] Además, dentro de la Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020, la CRPI resolvió, en cuanto al régimen de monitoreo al cumplimiento, lo siguiente:

“El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez diseñado y puesto en práctica el programa de compliance, los operadores económicos deberán entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:

- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos deberán remitir a la INICAPMAPR una fiel copia del original del manual del programa de compliance;*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán fiel copia del título de cuarto nivel del abogado que elabora el compliance, así como los medios de verificación de su experiencia.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán un documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán documento con firma del abogado experto declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán la declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados, mediante la cual se manifieste expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*
- *El oficial de cumplimiento, en el plazo de un año de la puesta en marcha del programa de compliance, reportará a la INICAPMAPR cada seis (6) meses el cumplimiento del programa de compliance.*

(...)

SEXTO.- ESTABLECER los siguientes términos y plazos de cumplimiento de la presente resolución:

(...)

ii. MEDIDAS CORRECTIVAS

La medida correctiva determinada en el ordinal cuarto de esta parte resolutive, se cumplirá dentro del plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente Resolución.

(...)”

- [52] Por medio de escritos y anexos presentados el 16 de diciembre de 2020 a las 15h13 (Id. 179863) y a las 16h42 (Id. 179875) los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**, respectivamente, informaron documentadamente conforme el régimen de vigilancia y monitoreo, sobre la implementación del programa de *compliance*. En este sentido, la INICAPMAPR remitió el 11 de agosto de 2021 el primer informe de seguimiento a la medida correctiva No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-019. Consecuentemente, la CRPI mediante Resolución de 27 de septiembre de 2021 expedida a las 10h03 resolvió lo siguiente:

*“SEGUNDO.- DECLARAR acorde con la parte motiva de la presente resolución el cumplimiento por parte de los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** de la medida correctiva impuesta a través de la Resolución expedida el 04 de agosto de 2020 a las 12h30.*

TERCERO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas, continúe el seguimiento y reporte periódico al cumplimiento de la medida correctiva conforme los tiempos establecidos en la resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, expedida por la CRPI. ”

- [53] Acorde a lo citado, la CRPI una vez que analizó que los medios de verificación son adecuados, resolvió declarar que los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** cumplieron con la puesta en marcha de la medida correctiva, solicitando a la INICAPMAPR continúe con el monitoreo periódico del cumplimiento del programa de *compliance*, según los tiempos establecidos en la resolución sancionatoria.
- [54] A través de Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-213 de 31 de agosto de 2022, la INICAPMAPR remitió el Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022, el mismo que será parte del análisis que se desarrollará a continuación, en conjunción con los argumentos presentados por los operadores económicos, y el informe de alcance al mencionado informe remitido por la Intendencia.

7 VALORACIÓN DEL INFORME DE LA INTENDENCIA Y DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR CUPPHARMA, MERCATTISA Y NOVARTIS, RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CORRECTIVA IMPUESTA

7.1 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 remitido por la INICAPMAPR

[55] Con relación al seguimiento de la medida correctiva, establecida por la CRPI a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**, dentro del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 el órgano de investigación analizó lo siguiente:

“4.2.1. MERCATTI

[12] Mediante escrito de 16 de agosto de 2022 a las 17h00, signado con el número de trámite ID 247442, el operador económico remitió: “(...), me permito adjuntar al presente, en formato PDF, copia certificada del reporte presentado por el Oficial de Cumplimiento del Programa de Compliance de Competencia, de fecha 13 de mayo de 2021; del cual, se puede apreciar que no existen circunstancias que puedan infringir el programa de cumplimiento en marcha, ni que representen riesgos de nuevas conductas contrarias a la legislación de libre competencia”.

[13] De la revisión de la información remitida por el operador económico, se constata que la misma es, la misma información entregada el 18 de mayo de 2021 a las 15h19, con número de trámite ID 193685.

4.2.2. CUPPHARMA

[14] En escrito de 24 de agosto de 2022 a las 15h53 con número de trámite ID 248343, el operador manifestó: “(...) adjuntar la copia certificada de los reportes semestrales; con los cuales, doy cumplimiento al Programa de Compliance de Competencia ordenado como medida correctiva en la Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30”.

[15] De la revisión de la información remitida por el operador económico, se constata que su contenido es el mismo a la documentación entregada el 03 de mayo de 2021 a las 15h58, con número de trámite ID 193015.

(...)

[18] En línea de lo anterior, se puede concluir que, los operadores económicos no han remitido un nuevo reporte semestral, respecto del cumplimiento del programa de compliance instaurado dentro de su empresa, sino únicamente el

reporte entregado en mayo de 2021, mismo que ya fue ponderado por esta autoridad y por la CRPI.

(...)

[20] En el presente caso, los operadores económicos no remitieron nuevos reportes, respecto del cumplimiento de la aplicación del programa de compliance, por lo cual, presuntamente habrían incumplido con las medidas correctivas impuestas, en la resolución de 04 de agosto de 2020.

(...)

[23] De la revisión de las actuaciones procesales en el seguimiento del programa de compliance no se identifica algún hecho o elementos que permita justificar la imposición de nuevas medidas, conforme la teoría de los remedios en el Derecho de Defensa de la Competencia.

(...)

(...) En este caso, ambos operadores económicos cuentan con oficiales de cumplimiento designados para remitir los reportes semestrales del cumplimiento de la medida correctiva.

(...)

[27] En conclusión, no es factible recomendar la imposición de un interventor temporal para ninguno de los dos operadores económicos.

(...)

(...) los operadores económicos no remitieron los informes semestrales correspondientes a la temporalidad solicitada, de conformidad con lo dispuesto por la CRPI, en la resolución de 04 de agosto de 2021.

[30] Por lo tanto, se recomienda a la CRPI, que determine que los operadores económicos habrían incurrido en una infracción grave, y en tal virtud, sería aplicable la sanción establecida en el artículo 79 de la LORCPM.”

[56] En base a estos hallazgos, la INICAPMAPR alcanzó las siguientes conclusiones y recomendaciones:

“6. CONCLUSIONES

(...)



6.2. Los operadores económicos MERCATTI y CUPPHARMA, remitieron los reportes de cumplimiento del programa de compliance, correspondientes al primer semestre de 2021, mismos que ya fueron sujetos de ponderación tanto por esta autoridad como por la CRPI.

6.3. Esta autoridad, no cuenta con los reportes semestrales de cumplimiento del programa de compliance, por cuanto los operadores económicos no remitieron los reportes de cumplimiento del programa de compliance, correspondientes al segundo semestre de 2021.

7. RECOMENDACIONES

(...)

7.3. La CRPI, deberá valorar si los operadores económicos han incurrido en una infracción grave, por presuntamente incumplir con las medidas correctivas impuestas en resolución de 04 de agosto de 2020, conforme la infracción prevista en el artículo 78 numeral 2, literal f) de la LORCPM, y por tanto ser susceptibles de sanción, de acuerdo a los parámetros del artículo 79 del mismo cuerpo legal.”

- [57] La INICAPMAPR en su análisis sugiere que los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** habrían incumplido con la medida correctiva impuesta por la CRPI en Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, al no haber entregado al órgano de investigación los medios de verificación correspondientes al segundo semestre de monitoreo del programa de *compliance*.

7.2 Argumentos presentados por parte de los operadores económicos CUPPHARMA y MERCATTISA

- [58] Por medio de escrito de 20 de septiembre de 2022 registrado a las 16h02, trámite signado con Id. 250502, el operador económico **MERCATTISA** presentó sus alegaciones de acuerdo a lo siguiente:

“(...) me pronuncio respecto al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022 señalando que no existe daño, ni infracción que no pueda ser subsanada. Mi representada presentó el primer reporte dentro del Programa de Compliance el 18 de mayo de 2021, cualquier omisión de haber reportado posteriormente, sin duda, es una omisión de buena fe de MERCATTI que insisto pude ser subsanada.

(...)

El Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022 recomienda la imposición de una sanción, la cual desde ya



*rechazo. Mi representada ha cooperado y cumplido con la Autoridad, así como cumplió la sanción impuesta por ésta. Para que exista una infracción, debe existir daño, que “impida, restrinja falsee o distorsione la competencia”, que en este supuesto no existe. Insisto no existe daño alguno en el que haya incurrido **MERCATTI**, porque no ha tenido ningún tipo de actividad con el Estado.*

(...)

*Adicionalmente, se sirva solicito se sirva (sic) conceder a **MERCATTI** un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del segundo reporte del Programa de Compliance, al haber aportado mi representada de manera plena y diligente siempre con la Autoridad.”*

- [59] En tanto que, con escrito ingresado el 20 de septiembre de 2022 registrado a las 16h11, trámite signado con Id. 250503, el operador económico **CUPPHARMA** presentó sus alegaciones al informe de seguimiento, en particular lo siguiente:

*“(...) me pronuncio respecto al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022 señalando que no existe daño, ni infracción que no pueda ser subsanada. Mi representada presentó el primer reporte dentro del Programa de Compliance el 18 de mayo de 2021, cualquier omisión de haber reportado posteriormente, sin duda, es una omisión de buena fe de **CUPPHARMA** que insisto pude ser subsanada.*

(...)

*El Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022 recomienda la imposición de una sanción, la cual desde ya rechazo. Mi representada ha cooperado y cumplido con la Autoridad, así como cumplió la sanción impuesta por ésta. Para que exista una infracción, debe existir daño, que “impida, restrinja falsee o distorsione la competencia”, que en este supuesto no existe. Insisto no existe daño alguno en el que haya incurrido **CUPPHARMA**, , porque no ha tenido ningún tipo de actividad con el Estado.*

(...)

*Adicionalmente, se sirva solicito se sirva (sic) conceder a **CUPPHARMA** un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del segundo reporte del Programa de Compliance, al haber aportado mi representada de manera plena y diligente siempre con la Autoridad.”*

- [60] En definitiva, ambos operadores económicos presentaron los mismos argumentos, esto es, que el hecho de no haber presentado el reporte por parte del agente de monitoreo, no

constituye una infracción susceptible de sanción, en este sentido, las empresas muestran su disposición a cumplir con dicho reporte en un nuevo plazo que sea otorgado por la CRPI.

7.3 De los argumentos presentados por NOVARTIS

- [61] El operador económico **NOVARTIS** con escrito de 09 de septiembre de 2022 a las 12h03, trámite signado con Id. 249790, se pronunció indicando estar de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por la INICAPMAPR en su Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022. Posteriormente, en escrito presentado el 05 de octubre de 2022 a las 14h46, con trámite signado con Id. 254696, argumentó lo siguiente:

“(…)

En atención a la providencia emitida el 23 de septiembre de 2022, en la cual se indica que mediante escritos presentados el 20 de septiembre de 2022 por MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A. se solicitó a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (“CRPI”) la concesión de un nuevo plazo para el cumplimiento y presentación del segundo reporte del Programa de Compliance, debo expresar la rotunda oposición de mi representada ante dicho pedido, toda vez que el momento procesal oportuno para que los operadores económicos en mención acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas impuestas mediante resolución sancionatoria prechuyó, por lo tanto, es improcedente se les conceda un nuevo plazo para el efecto.

Por lo expuesto, solicito que en el momento procesal oportuno se rechace la solicitud realizada por MERCATTI y CUPPHARMA mediante escritos de 20 de septiembre de 2022 y ratifico el pedido realizado por mi representada mediante escrito presentado 9 septiembre de 2022 a las 12h03, signado con Id. 249790.”

- [62] El operador económico **NOVARTIS** solicita que la CRPI rechace los pedidos de **MERCATTISA** y **CUPPHARMA**, respecto a un nuevo plazo, declare que estos operadores económicos infringieron la LORCPM y determine una sanción a tal efecto.

7.4 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-322 remitido por la INICAPMAPR

- [63] Mediante Providencia expedida el 09 de noviembre de 2022 a las 10h27, la CRPI le solicitó a la INICAPMAPR que remita una ampliación al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022, indicando a su criterio, cuáles serían las sanciones que deberían ser impuestas a los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPPHARMA**, conforme lo establecido en el artículo 86 del RLORCPM, de acuerdo con la recomendación realizada en el mencionado informe.

[64] En atención a la Providencia expedida por la CRPI el 09 de noviembre de 2022, la INICAPMAPR remite el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-030 de 16 de diciembre de 2022, como complemento al Informe de Seguimiento No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-019 de 30 de agosto de 2022, respecto del segundo reporte del cumplimiento del programa de *compliance*, en el cual en lo principal señala lo siguiente:

“(…)

4.2.1. ESCENARIO 1: Multa cuando es posible determinar el volumen de negocios

“(…)

De conformidad con lo indicado y una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa asciende a USD 2.301,42 para cada uno de los operadores: MERCATTI S.A. y CUPPHARMA.

4.2.2. ESCENARIO 2: Multa cuando no es posible determinar el volumen de negocios

De conformidad con lo indicado y una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, da como resultado 5.977 RBU, que equivalen a USD 2.540.207,17 para CUPPHARMA.

4.3. Umbral de la multa según volumen de negocios

El literal c) del artículo 79 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 102 del RLORCPM, establecen que el importe total de la multa no podrá sobrepasar, en el caso de infracciones graves, el 10% del volumen total de negocios del o los operadores económicos responsables en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

De la información reportada por el SRI a través de Oficio No. 117012022OGTC026786, ingresado con anexo a la Secretaría General de la SCPM el 24 de noviembre de 2022, signado con el ID de trámite 259407, la última información de los ingresos registrados por parte de MERCATTI S.A. correspondiente al año 2021 es de USD [REDACTED] y para CUPPHARMA fue de USD [REDACTED] para el año 2019.

Dadas las consideraciones anteriores, conforme lo que establece la LORCPM y el RLORCPM, los umbrales de la multa propuesta, considerando la infracción tipificada como grave, son de:

1. MERCATTI S.A (volumen de negocios 2021): USD [REDACTED]

2. CUPPHARMA (volumen de negocios 2019): USD [REDACTED]

En ese sentido, el valor de la multa calculado en el escenario 1, alcanza la cifra de USD 2.301,42 encontrándose dentro de umbral previsto por la LORCPM, y normas conexas, existiendo una aplicación directa de los parámetros y formulas contemplados en la normativa aplicable.

Es importante tomar en cuenta que existe un segundo escenario que puede aplicarse para el operador económico CUPPHARMA debido a la imposibilidad de contar su volumen de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Este corresponde a la metodología prevista en la Resolución 012 para estos casos, y asciende a un valor total de USD 2.540.207,17. El monto de la multa es el resultado de la aplicación directa de los parámetros y formulas contemplados en la normativa aplicable.

(...)

5. CONCLUSIONES

Por otro lado, la aplicación de las metodologías vigentes en la SCPM, dan como resultado una multa de USD 2.301,42 para MERCATTI y de USD 2.540.207,17 para CUPHARMA, si se considera el escenario 2 para este último. En total se calcula una multa de USD 2.542.508,59 para los dos operadores económicos ante el incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la resolución de 04 de agosto de 2020 en el expediente SCPM-CRPI-001-2020. Estos montos, criterios de determinación, fórmulas de cálculo y su procedencia deberán ser corroborados por la CRPI al momento de su resolución.

6. RECOMENDACIONES

(...)

La CRPI, deberá valorar si acoge la recomendación de sanción calculada por la INICAPMAPR a los operadores económicos de acuerdo a los parámetros del artículo 79 de la LORCPM, puesto que habría incurrido en una infracción grave, por presuntamente incumplir con las medidas correctivas impuestas en resolución de 04 de agosto de 2020, conforme la infracción prevista en el artículo 78 numeral 2, literal f) de la LORCPM.

8 ANÁLISIS DE LA CRPI

[65] La medida correctiva impuesta por la CRPI en resolución del 04 de agosto de 2020, las 12h30, fue establecida con el objetivo de evitar la concurrencia de actos que distorsionen o

falseen el régimen competitivo, como consecuencia del desarrollo de las actividades productivas realizadas por los operadores económicos involucrados en el presente asunto.

- [66] Al respecto, la medida correctiva está compuesta tanto por la implementación del programa de *compliance*, como del monitoreo de su aplicación en interrelación con las actividades de los operadores económicos, por el lapso de un año. La puesta en marcha del programa implicaba realizar esfuerzos por parte de los operadores económicos en aspectos como el diseño, la redacción del manual del programa de *compliance*, la instrumentación de la herramienta con la dirección de un experto, la capacitación al personal en relación con la socialización del programa el cual contiene las conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM, así como la designación del agente de monitoreo, quien sería el encargado de presentar los informes suficientes respecto de la aplicación del programa de cumplimiento en las actividades productivas de los operadores económicos. El objetivo de la medida correctiva debe garantizar, conforme lo señalado previamente, que ésta sea cumplida de forma integral.
- [67] Se desprende del acervo documental constante en el expediente que, el operador económico **MERCATTISA** procedió con el diseño e implementación del manual del programa de *compliance* en el mes de diciembre de 2020, dentro del término establecido por la CRPI en la Resolución de 04 de agosto de 2020. De igual forma, el agente de monitoreo de este operador económico, presentó el primer informe de seguimiento semestral del programa el 18 de mayo de 2021 a las 15h19, trámite signado con Id. 193685.
- [68] Por su parte, el operador económico **CUPPHARMA**, a través de escrito de 16 de diciembre de 2020 a las 15h13, trámite signado con Id. 179863, presentó los medio de verificación que permitieron establecer que el manual de su programa fue implementado en el término establecido por la CRPI. Igualmente, consta en el expediente el informe de seguimiento semestral del programa de *compliance*, presentado por el agente de monitoreo el 03 de mayo de 2021 a las 15h58, trámite signado con Id. 193015.
- [69] En concordancia con lo mencionado, en Resolución de 27 de septiembre de 2021 expedida a las 10h03, la CRPI resolvió que los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** cumplieron con el proceso de implementación del programa de *compliance* y con el primer reporte por parte de los agentes de monitoreo designados por los operadores económicos. En este sentido, la CRPI solicitó a la INICAPMAPR continúe con el seguimiento, pues se encontraba pendiente la presentación de un segundo informe de monitoreo para cumplir con la medida correctiva.
- [70] La INICAPMAPR ha señalado que, dado que ninguno de los operadores económicos ha presentado el segundo reporte de parte de sus agentes de monitoreo en el tiempo establecido, esto implicaría un incumplimiento a la medida. Hecho que, a criterio del órgano de investigación, sería susceptible de sanción. En este sentido, la Intendencia concluyó y recomendó lo siguiente:



“5. CONCLUSIONES

Por otro lado, la aplicación de las metodologías vigentes en la SCPM, dan como resultado una multa de USD 2.301,42 para MERCATTI y de USD 2.540.207,17 para CUPHARMA, si se considera el escenario 2 para este último. En total se calcula una multa de USD 2.542.508,59 para los dos operadores económicos ante el incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la resolución de 04 de agosto de 2020 en el expediente SCPM-CRPI-001-2020. Estos montos, criterios de determinación, fórmulas de cálculo y su procedencia deberán ser corroborados por la CRPI al momento de su resolución.

6. RECOMENDACIONES

(...)

La CRPI, deberá valorar si acoge la recomendación de sanción calculada por la INICAPMAPR a los operadores económicos de acuerdo a los parámetros del artículo 79 de la LORCPM, puesto que habría incurrido en una infracción grave, por presuntamente incumplir con las medidas correctivas impuestas en resolución de 04 de agosto de 2020, conforme la infracción prevista en el artículo 78 numeral 2, literal f) de la LORCPM.”

- [71] Los propios operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** han reconocido que no han presentado el reporte semestral por parte del agente de monitoreo respectivo, calificando el hecho como una “omisión de buena fe”, susceptible de ser subsanada.
- [72] Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por la Intendencia resulta claro que los operadores **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** tenían la obligación de realizar dos reportes uno cada seis meses dentro del plazo máximo de un año, situación que fue incumplida con respecto al último reporte.
- [73] Por lo que, a la Autoridad le corresponde valorar la consecuencia del incumplimiento de conformidad con el artículo 76 de la LORCPM, en consideración de los fines y principios de la LORCPM y el Código Orgánico Administrativo, que entre otros establece el principio de proporcionalidad administrativa contenido en el artículo 16 del Código Orgánico Administrativo.
- [74] Ahora bien, el artículo 76 de la LORCPM establece tres posibles consecuencias para los casos de incumplimiento de medidas correctivas, las cuales varían de menor a mayor intensidad, siendo estas, en primer lugar el ordenar medidas correctivas adicionales; en segundo lugar el aplicar las sanciones contenidas en la Ley; y finalmente para los casos de abuso de poder de mercado y acuerdos colusorios, el designar un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados con la finalidad de supervigilar el cumplimiento de las medidas correctivas.

- [75] Asimismo, la CRPI debe valorar la imposición de las consecuencias producto del indicado incumplimiento en el marco del justo equilibrio de los intereses protegidos en la Constitución y la Ley, esto es el ejercicio de la libertad de desarrollar actividades económicas² en conjunción con el deber de mantener un régimen de competencia saneado en el mercado³, sin que la consecuencia jurídica a ser impuesta resulte en la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.
- [76] En el caso concreto, la CRPI, valora que los operadores económico **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** realizaron una serie de actuaciones con la finalidad de dar efectivo cumplimiento a las medidas correctivas fijadas en resolución de 4 de agosto de 2022, como es el haber nombrado a oficiales de cumplimiento, el haber diseñado un programa de compliance, el haber socializado tal programa y el haber entregado el primer reporte de seguimiento ante esta Autoridad.
- [77] El hecho de que los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** no hayan presentado el segundo reporte de monitoreo, en el periodo establecido por la resolución sancionatoria, implica ciertamente una inobservancia a esta. Sin embargo, la CRPI no identifica que el incumplimiento del reporte en el plazo fijado por sí mismo pueda afectar los objetivos previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto que, como ya ha sido valorado por esta Comisión, los operadores **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** habrían cumplido con la totalidad de las demás medidas impuestas en su resolución de 4 de agosto de 2022.
- [78] En tal sentido, esta Comisión considera que la recomendación realizada por la Intendencia, esto es la imposición de sanciones consistentes en multas económicas, para el presente caso, parecería desproporcionada y desmedida; en especial, entre el incumplimiento de la entrega del segundo reporte y la sanción⁴ recomendada, lo indicado en consideración de que los operadores económicos han presentado de manera oportuna el manual del programa de *compliance*, designó su oficial de cumplimiento, así como remitieron el primer reporte del cumplimiento de la implementación del programa.
- [79] Por las consideraciones anotadas, esta Comisión, en aplicación del principio de proporcionalidad considera que el incumplimiento de **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** en la obligación de realizar el segundo reporte en la temporalidad fijada no debería conllevar a la imposición de una sanción o el nombramiento de un interventor, por cuanto, el núcleo esencial de la medida dictada correctiva ya habría sido cumplida.
- [80] En consecuencia, en primer lugar la CRPI considera que resulta proporcional a la falta incurrida por los operadores económicos el que cumplan de forma efectiva con la obligación

² Artículo 66, numeral 15 de la Constitución de la República.

³ Artículos 284, numeral 2; 335 y 336 de la Constitución de la República y artículo 1 de la LORCPM.

⁴ Lo que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República.

de reporte impuesta en la resolución de 4 de agosto de 2022. En segundo lugar, con la finalidad de dotar de absoluta transparencia a esta autoridad respecto de que las actuaciones comerciales de **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** en el mercado, se ajustan de manera efectiva a los fines contenidos en la LORCPM y la Constitución, esta autoridad considera necesario que el seguimiento del programa de seguimiento se amplíe por un año adicional.

- [81] Es decir, por aplicación del artículo 76 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 86 del RLORCPM, esta Autoridad determinará que, como medidas correctivas adicionales lo siguientes: **Primero:** Los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA**, en el término de treinta (30) días, cumplirán de manera integral con la medida correctiva establecida en la Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30; **Segundo:** que los oficiales de cumplimiento de los operadores **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** reporten en el plazo de un (1) año desde la notificación de la presente resolución a la INICAPMAPR, cada seis (6) meses respecto del avance y cumplimiento del programa de *compliance*.
- [82] En relación con lo anterior, cabe aclarar que el operador económico **CUPPHARMA** en virtud que, con fecha 28 de septiembre de 2020 presentó una escritura de disolución voluntaria y anticipada de la compañía, la cual fue aprobada por la Superintendencia de Compañías el 13 de enero de 2021 según consta en Resolución No. SCVS-INC-DNASD-2021-00000229, reportará la información referida hasta que ésta se encuentre debidamente cancelada en el registro mercantil.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-322 y anexos de 16 de diciembre de 2022, trámite signado con Id 260651.

Cabe mencionar que el anexo correspondiente a la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas (SRI) “Anexo SRI – Confidencial” ID 259407, tiene el carácter de confidencial conforme se desprende del Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-322, por lo cual deberá clasificarse como tal.

SEGUNDO DECLARAR el incumplimiento por parte de los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, de la medida correctiva impuesta por la CRPI mediante Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, en relación con el segundo reporte de cumplimiento del programa de *compliance*.

TERCERO.- REQUERIR a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** de acuerdo con la parte motiva de la presente resolución, que como medidas correctivas adicionales, cumplan con lo siguiente:

- i. Que en el término de treinta (30) días cumplan de manera integral con la medida correctiva establecida en la Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30. El periodo de verificación de dichos informes deberá considerar el lapso entre el último informe de monitoreo presentado y el término otorgado en la presente resolución.
- ii. Que el programa de compliance se extienda por el plazo de un año adicional en el que los oficiales de cumplimiento de los operadores **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** reporten desde la notificación de la presente resolución a la INICAPMAPR, cada seis (6) meses respecto del avance y cumplimiento del programa de compliance.

CUARTO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que continúe con el monitoreo del cumplimiento de la medida correctiva sujeta de análisis, en concordancia con lo señalado en el ordinal anterior.

QUINTO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y NOVARTIS ECUADOR S.A.**, así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTÉG UI
Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTÉG UI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTÉG UI, SERIALNUMBER=090621111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Uso: 2022.12.22 17:17 43-05/00
Foxit PDF Reader Version 12.0.1
**Pablo Carrasco Torrontegui
PRESIDENTE (S)**



Firmado electrónicamente por
JAIME FERNANDO LARA IZURIETA
Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO